DISCURSUS JURIDICUS
DE
JURE RERUM RECEPTARUM

QVEM
Permissu Excellentiss. Facultatis Juridicæ
in celeberrima ad Albim Academia
PRÆSES
DIETERICUS Koch/
Mecklenb. U. J. D.
&
JOHANNES MACRINUS
Lûnæburg.
A. & R.
propugnabunt
In Auditorio JCtorum.
Die XXVII. August.

WITTEBERGÆ,
Ex Officinâ Typographicâ JOHANNIS HAKEN,
M. DC. LXII.

890.

I. N. J.
PROOEMIUM.

Acturus interpretationem juris rerum receptarum non immeritò insisto vestigiis *Gaji in l.1.D.de O.J.* id perfectum esse animadvertentis, qvod ex omnibus suis partibus constaret. Præfabor itaqve impræsentiarum paucis de peregrinationum utilitate pariter ac necessitate, qvam nullum non vitæ genus commendat atqve eveh t. Imprimis autem in peregrinatione tempus aliqvod consumere anhelant, qvi πολιτικὸν & χρηματιστικὸν sectantur vitæ genus. Illi explicante Theophilo Golio *Lib.1.Ethicorum cap.4. & 5.* dediti sunt, qvi honestatis, laudis & gloriæ sunt studiosi, utiles ad juvandam & conservandam civilem societatem, & tractanda Reip. negotia. Et immane qvantum horum ipsorum animi amore peregrinationum exardeant, postqvam ad causas parandæ Prudentiæ civilis peregrinationes referunt Politici, argumento Ulyssis, qvi non mente tantùm, sed oculis qvoq; adjuvisse Prudentiam suam dicitur, *Wolfgang. Heider. in proœm.system.Philosoph.Polit.* Confer Jacob. Lebleu *instruct. futur. Consiliar. Disp.1.cap.4.* De usu peregrinationum loqvor, abusum aversor penitus, qvi etiam effecit, ut Spartæ qvondam publicis legibus prohiberentur peregrinationes, & à summis qvoqve viris odio haberentur. Junge Lipsium *Cent.1.Epist 22.* Christoph.Coler.Epistolam *de studio Politico ordinando conscriptam & subjectam ab Augusto Buchnero*, qvon-

qvondam eheu! nostro, Bibliographia Politica Gabrielis Naudæi, Georg. Loysium *de peregrinatione*, Autorem Gymnasmatis *de Exercitiis Academicorum part. 2. sect.* 5. Joh. Loccen. *Lib.* 1. *de ordinanda Rep. cap. 9. Lib. 2. cap.* 8. Nec minus hi, qvi χρηματιστικὸν καὶ φιλοκερδὲς vitæ genus amplectuntur, peregrinationes sibi maximè conducere deprehendunt, cum una tellus non ferat omnia, qvæ sustentando homini sufficiant. Inde Petrus Cunæus *Lib. 1. de Rep. Hebræorum cap. 4: Diversas gentes ita negotiatio sociavit, ut qvod genitum est usqvam, id apud omnes natum esse videatur.* Sunt & infinita alia qvæ peregrinationum necessitatem atqve utilitatem conspicuam reddunt. Factum inde est, ut peregrinantium curam sibi suscipiendam esse ducerent summi Principes, idqve præstitere partim liberum tutumqve viarum publicarum, commerciorum, fluminum publicorum, & riparum, maris deniqve usum concedendo, partim tutæ prospiciendo hospitationi, ut latè perseqvitur Joh. Georg. Bechtius *de securit. & salvo conductu cap. 3. th. 54. & seqq. usqve ad finem illius capit.* Neqve perstitere in universali ista omniumqve communi securitate. Est & alia personarum nonnullarum privilegiariarum securitas particularis, ut per omnes classes *capitis*. Bechtius edocet. Talis ea est, qvam studiorum gratiâ peregrinantibus *in Auth. Habita C. ne filius pro patre* concessit Fridericus Imperator, ejus nominis primus, Barbarossa cognominatus. Qvinimo cum peregrè agentes non modò cauponum, sed & nautarum, stabulariorum & similium operâ indigeant, qvâ commodè trãsigant iter, resqve suas conservent, prospexit edicto suo, non modicam obtinente juris autoritatem, Romanornm Prætor, ut nautæ, caupones, stabularii recepta restituerent. Fuit namqve & Prætori ex conniventia populi juris condendi potestas aliqva. Occurrit præterea in Digestis sub materia privatorum delictorum titulus furti adversus nautas, caupones, stabularios. Utrumqve itaqve conjungendo titulum

culum JUS RERUM RECEPTARUM penficulatè, qvoad ejus fieri poteſt, & ingenii rudis adhuc legitimæ ſcientiæ, ad qvam aſpiro, vires patiuntur tenues, enucleabo, præmiſſo Lipſii voto, qvo ille aggreditur ſcriptionem Politicæ: Tu mihi Dux magne Deus, & manum hanc mentemqve dirige, ut ſalutaria videam, dijudicem, promam!

Thesis I.

NE fœtus hic animi mei inordinatus cuiqvam videatur, & incomptus, tres faciam laboris mei ſectiones, ad qvas ſingula ſine negotio redigere liceat, dicturus primò qvomodo ex QVASI CONTRACTU, deinde qva ratione QVASI EX MALEFICIO, deniqve qvemadmodum ex VERO DELICTO nautæ, caupones, ſtabularii, & ſi qvi hiſce ſimiles ad reſtitutionem rerum receptarum obligentur.

II.

Antequam verò hæc aggrediar, ratio materiæ poſtulat, ut præmoneam *primò*, nautas, caupones, ſtabularios, hic eſſe & dici exercitores ſive negotiatores, ad qvos ex navi, cauponâ, ſtabulo præcipuus qvæſtus venit, *l.1.§.2.& ſeqq.D.nautæ caupon. ſtabularii ut recept. reſtituant.* Unde ſi vel ſponte & amicitiæ causâ, vel à Magiſtratibus coacti receperint, huc non pertinent, ſicut nec receptatores, ut tradit Frantzkius *in D. d.t. num.4.* Exercere enim perhibentur, qvi qvæſtum ex rei alicujus exercitio faciunt, *l.1.& toto tit. D. de exercitor. action.* qvem illi haud intendunt, qvorum memini. Præterea id obſervo, ſtabulum ſæpè pro diverſorio ſeu cauponâ accipi, qvod Vinnius annotavit *in fin. tit. de obl. quæ quaſi ex delicto naſc.* In hoc autem edicto, ubi Prætor ſtabularios à cauponibus diſtingvit, ſignificat locum, ubi jumenta ſtabulantur, *l.5.D. nautæ, caupon. &c.* Et ſolent hujuſmodi ſtabula cauponis fere adjuncta eſſe, atqve ab uno exerceri. Patet inde, qvid reponi debeat qvæſtioni iſti, ſtabula ſint ne prædia ruſtica, num urbana? Nimirum in denominatione prædii cujusqve non eſt ratio habenda loci, ſed uſus potius & qvalitatis, ut proinde præ-

de prædium ratione loci qvidem possit esse urbanum, at usus intuitu rusticum, & vice versa. Facilis itaqve est conciliatio *l. 4. §. 1. D. in qvibus causis pign. vel hypothec. tacitè contrah.* cum *l. 198. D. de V. S. Confer. Frantzk. exercit. 5. quæst. 1.*

III.

Sed nec silentio transmittere par est *secundò*, qvid verbo recipiendi hoc notetur loco. Lubet autem audire Vinnium: *Verbum recipere*, inqvientem, *inter alia significat in se aliqvid suscipere & polliceri. Nam passim apud classicos autores invenies, recipere in se, ad se, & simpliciter recipere, dictum, pro aliqvid facturum promittere, & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuisse, qvàm promittere, ad §. 9. tit. Inst. de action. num. 1.* Cicero Licinio Crasso: *Velim existimes me ea qvæ tibi promitto, ac recipio, sanctè esse observaturum.* Terentius in Phormione: *An verebamini, ne non id facerem, qvod recepissem semel.* Ita generaliter à privatis electi privati judices, sive arbitri, ut & caupones, cæteriqve recepisse, & de recepto teneri passim dicuntur. *Tametsi enim neminē Prætor cogat* (Ulpiani verbis utor *in l. 3. §. 1. D. de receptis arbitr.*) *arbitrium recipere, (qvoniam hæc res libera & soluta est, & extra necessitatem Jurisdictionis posita) attamen ubi semel qvis in se receperit arbitrium, ad curam & solicitudinem suam hanc rem pertinere Prætor putat, non tantum qvod studeret lites finiri, verum qvoniam non deberent decipi, qvi eum qvasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt.* Nec dispari ratione cauponari, nautam, atqve stabularium agere cuiqve integrum est; attamen ubi semel qvisqvam in his nomen profitetur suum, cauponam exercet, ejusq; signa ostentat, hänget offene Schilde auß / invitus etiam ad navigationē cogitur, & ad receptionem hospitum, Perez. *in C. Lib. XI tit. 1. num 38.* Schneidevvin. *Com Inst. ad tit. de obl. qvæ qvasi ex delicto nasc.* §. *item exercitor. num. 7.* aliiqve à Georgio Ludovico Lindenspür *ad ordinat. Politic. Ducatus Würtemberg. tit.* Von Wirthen unt Gastgebern *num. XI. allegati* Nec verò recusare hospites impeditur caupo, si nimia eorum multitudo ipsi molesta futura sit, *Schneidew. & Lindenspür dictis locis.*

locis. Adde Harp. *ad §. fin. tit. Inst. de oblig. quæ quasi ex delicto nasc. num. 9. 10.* Magnif. D. Joh. Otton. Tabor. *in racemation. definit. crimin. ad tit. 5. Lib. 47. D. th. 18.*

IV.

Et hinc *tertiò* in conditionem hospitiorum apud antiqvos incidit oratio. Apud Græcos & Romanos olim, ut refert Lindenspür *d. l. num. 2.* publica nulla fuere hospitia, sed privati peregrinos recipiebant, magnâq; fide jus hospitii tuebantur. De Germanis Tacitus: *Convictibus & hospitiis non alia gens effusius indulget. Qvemcunq; mortalium arcere tecto nefas habetur, pro fortunis qvisqve apparatis epulis excipit.* Et paulò post: *Notum ignotumq;, qvantum ad jus hospitii, nemo discernit*, de moribus Germanorũ *cap. 21.* In Daniâ qvoqve & Sveciâ rariora sunt publica hospitia, sed Ecclesiæ ministri jus hospitalitatis plurimum exercent, prout verbis *Michaëlis Hebereri in Ægypt. servitute Lib. 4. cap. 23.* declarat allegatus modò Lindenspür *num. 5. Adde num. 6.* ubi qvid in Turcia obtineat ex ore Salomonis Schvveiggeri in seiner Reise Beschreibung *Lib. 2. cap. 34.* commemorat. Plura istiusmodi hospitalitatis juxta atqve *κακοξενίας* exempla offendes apud *Alexandrum ab Alexandro Lib. 4. Genial. dier. cap. 10.* Confer Postillam Harmonicam Theologo-Juridico-Politico-Philologicam Georgii Christophori Waltheri, JCti, *Dominicâ 13. post Trinitat.* §. 182. ubi nonnullos hospitalissimos è sacro depromit Codice. Apud Lucanos, qvod unicè ex Alex. ab Alexandro retulisse non pigebit, lege cautum fuit, ut si qvis sole occasuro divertentes hospites, notos ignotosqve, domo exigeret, *κακοξενίας* teneretur, mulctamqve eo nomine pendere cogeretur. Ad violatum qvoqve jus hospitii ea pertinent, qvæ de jugulatis hospitibus A. Hirtius *Libro de Bello Hispanico* exposuit.

V.

Nostris moribus, qvod *qvartò* noto, passim dantur diversoria, autoritate publicâ ad id permissa & confirmatâ, ut iter facientes commodè cum rebus suis recipiantur. Neqve tamen

ideo

ideo amicos peregre agentes hospitio dignari qvis prohibetur, *Baldus consil.463.num.5.& seqq vol.4.* & ex eo Waltherus & Lindenspür *dictis locis*, nisi unus qvispiam, vel alter ex privilegio cauponariam solus exerceat, ut alios, ne tale qvid conentur, jure impediat, Berlichius *decision. aur. 5. num. 4. Waltherus & Lindenspür*, *Harprecht.dicto loco num.11.12.13.* Et qvidem antiqvi moris fuit, tesseram dare hospitibus dimidiatam, qvam qvicunqve attulisset ad hospitem, continuò agnosci posset, & hospitio excipi, tanqvam amicus & vetus hospes. Hoc autem jus necessitudinis ad posteros transibat, propterea tesseram hospitalem diligenter asservabant, *Marcus Zuerius Boxhornius in Panul. Plauti act. 5. Scen.2.*

VI.

Igitur sive ex speciali privilegio, sive ex arbitratu suo qvis cauponari cæperit, ad curam & solicitudinem Magistratus cujuscunqve loci pertinet, ne mutet voluntatem temerè, & peregrinantes hospitio excipere recuset, in qvo ipsis tutissimum refugium esse debet, Lindenspür *dict loc.num. 14.* rebusqve receptis inculpata custodia. **Recepisse** autem censentur nautæ, caupones, stabularii, etiamsi non expresse res ipsorum custodiæ assignatæ, sed navi, cauponæ, stabulo simpliciter, & qvidem illius negotii occasione, qvod exercent caupones & cæteri, immissæ fuerint, *l.1. §.fin.l.3.§.2 D.naut. caupon. stabul. ut recept. restit.* **Sed an & ignorans res esse immissas obligabitur?** Id durum nimis videtur Oldendorpio *cl.7.act. 5.num.2.* & Hahn. *in parat. Wesemb. d.t.num.5.*

VII.

Ad res autem receptas restituendas obligantur hisce edicti Prætorii *in l.1.pr.* verbis: **Nautæ, caupones, stabularii qvod cujusqve salvum fore receperint, nisi restituant, in eos judicium dabo.** Circa qvod primum edicti caput actionemqve inde descendentem non perfunctorie mihi ad ductum Oldendorpii *class.7. act.5.* & Justi Meijeri *in Colleg. Argentorat. sub tit. naut. caupon. &c.* ponderanda

randa sunt singulis thesibus seqventia; causa nempe efficiens hujus actionis, cui, & adversus qvem, ad qvid, qvamdiu competat, qvæ forma sit illius intentandæ, & qvis deniqve finis.

IIX.

Ad causam efficientem præsentis actionis qvod attinet, illam duplicem facio, proximam, & remotam. Causa remota Prætor est, qvia eam ex sua Jurisdictione comparatam habuit, qvæ descriptio est Prætoriæ actionis *in § 3. Sed istæ tit. Inst. de action. Neq; enim argumentum est actionis Prætoriæ*, ut verba Vinnii ad eundem textum, licet sub *numer.* §. 4. hic mea faciam, *qvod Prætor dicat edicto suo* Actionem dabo; (*Solebant enim Prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo sit actio commodati, l. 1. D. commod.*) *sed ea duntaxat Prætoriæ sunt, qvas ipsi Prætores ex Jurisdictione suâ introduxerunt, qvod ab iis æqvitate postulante ut plurimum factum est, cum actiones civiles deficerent.* Confer Hahn *in W. de negot. gest. num. 10.* Non sine ratione ait, ut plurimum. Neqve enim ex hac causa desunt civiles actiones, ut circa concursum actionum aliarum cum hac nostrâ th. XXII. latius dicemus, neqve otiosa est actio honoraria, postqvam nulla juris remedia adversus id genus hominum videntur esse supervacanea, *Oldendorp. d. l. initio.* Porrò causa hujus actionis proxima videtur esse qvasi contractus, ut sentit Hahnius in Wesemb. *tit. D. nautæ caupon. stabul. &c. num. 5.* Definio autem qvasi contractum, qvod sit factum omne, non turpe, qvo aut is qvi fecit alteri, aut alter ei, aut uterqve alteri sine conventione obligatur. Et tale est factum immittentis res suas in navim, cauponam, aut stabulū, ex qvo recipiens obligatur. Unde Wesembecius: *Ipso facto, qvi immittit, testatur, se suaq; fidei custodiaq; exercitoris committere, & is silentio suo atq; exercitio qvasi profitetur, se, suamq; navim, aut diversorium idoneum esse, cui res tutò credantur, parat. in D. nautæ, caupon. stabul. &c. num. 5.* Interim si ex conventione res gratis custodiendâ data fuerit, de-

posi-

positum, sin accedente mercede recepta, contractum Locationis conductionis subesse huic negotio non invitus largior.

IX.

Patet inde non obscurè, cui hæc actio detur, nimirum vectori, & viatori, qvi res suas, vel alienas, qvas tamen habere suâ interest, fidei & custodiæ nautæ, cauponis, stabularii commisere, *l.1.pr.& §.7.nautæ, caupon.&c.* An verò & ab hæredibus eorum exerceri possit qværes? Affirmo, qvia rei persecutionem continet, *l.3.§.4.D.d.tit.* At tales qvæ sunt, hæredibus dari notissimum est, sive ex contractu, sive ex qvasi contractu ortæ fuerint, *l.3.§.7.D.de negot. gest. l.12.D.de condict. indebiti.*

X.

Datur autem adversus nautas, caupones, stabularios, qvi res vectorum & viatorum salvas fore receperunt, vel per se, vel per suos. Et hinc Ulpianus *in l.1.§.2.nautæ caupon.stabul.* ex mente Pomponii tradit, non debere exercitorem navis (Germanis dicitur Ein Reeder/ Schiffs-Freund, *Loccen. lib.3.de jure maritimo cap.8.num.2.*) per remigem aut mesonautam obligari, sed per se, vel per navis magistrum, qvanqvam, si ipse alicui è nautis committi jussit, sine dubio debeat obligari. Appellamus autem navis magistrum, cui totius navis cura mandata est, *l.1.§.1.D.de exercitor. action.* Junge Locc. *lib.2.de jure maritim.cap.1.num.9.* magistri navis munia explicantem. Nam ex mente Pauli in *l.57.D.de V.S.* qvibus præcipua cura rerum incumbit, & qvi magis, qvàm cæteri diligentiam & solicitudinem rebus, qvibus præsunt, debent, magistri appellantur. Confer. *Gœdd. ad d.l.57.* In Patrem qvoqve, & Dominum porrigitur hæc actio in solidum, si filius familias, aut servus, volentibus illis receperit, *l.3.§.3.& l.ult.in fin.D.nautæ,&c.* Nam & aliàs servorum nulla obligatio propria est, *l.22.D.de R.J.* unde qvodammodo ex necessitate actiones ex contractu illorum in Dominos dari cœperunt. Loqvor autem (1) de obli-

obligatione civili, non de naturali, & sub civili simul comprehendo Prætoriam, argumento eorum, qvæ annotavit Vinnius *ad §.1.tit.Inst.de obligat.* [2] de obligatione ex contractu mihi sermo est, non ex delicto. Commendo Neldes. *ad l. 22. D. de R. J.* At filii jure Civili regulariter ex omnibus causis, tanqvam Patres familias obligantur, & ob id agi cum iis tanqvam cum Patribus familias potest, *l.39. D.de O. & A. l.57. D. de judic. l.44. D.de pecul* & qvidem in solidum. Executio tamen, qvamdiu in potestate sunt, cum nihil in bonis habeant, differtur, ut ob ejus defectum utilius visum fuerit patrem per filium obligari, ut conjicit Frantzkius *in D. qvod cum eo qvi in alien. potest. est negot. gest. esse dicetur num. 5.* Dixi, regulariter ex omnibus causis obligari filium. Excipitur enim (1) mutuum *l.9.C.d.t.* ut & *toto tit. D. & C. de SCto Macedon.* (2) Votum, *l.2.§.1.D. de pollicitat.*

XI.

Neqve tantùm hac actione illi obstringuntur, qvorum hactenus injeci mentionem, eorumqve hæredes, *l.3.§.4. D.nautæ caupon. stabul.* sed & exercitores ratium, der Flösse/oder zusammen gefaßeten Höltzer/item lintearii, *l.1.§.4.D. dicto titulo.*

XII.

Sed enim cum non modò navi, sed & curru proficisci soleamus, aut res nostras aliorsùm transferre, non abs re erit hoc loco indagare, An auriga æqvè ac nauta ob receptum conveniri possit hac actione Prætoriâ? Non dubito id asserere, per extensionem, qvæ fit propter identitatem rationis. Etsi enim certâ mercede conductus ex vero contractu, indeqve descendente actione, ad dolum, latam, & levem culpam præstandam teneatur, *Ludw. ad §.5. Inst. de locat. conduct.* Hahnius *in Wesemb. parat. eod. tit. num.14.* Frantzkius *ibid. num.199.201.202. & seqq.* non ideo tamen cessabit præsens actio, argumento eorũ qvæ in *l.3.§.1.D. nauta &c.*

B 2 incul-

inculcavit Ulpianus. Qvidni enim & aurigarum improbitas ita coërceatur, qvibus non minor est cum furibus coëundi facultas, qvam nautis, cauponibus, stabulariis, ut nec levissima eorum culpa impunè cedat? Non moror itaqve, si auriga qvispiam rerum à se receptarum restitutionem declinet hoc excusationis velo, qvod omnem in itinere impenderit operam rebus sibi commissis custodiendis, & in diversorio eas amiserit. Negligentiam enim suam hac excusatione prodit potius, quàm ut culpam omnem à se abfuisse probet, qvæ non modò in committendo, sed & in omittendo consistit; Conr. Rittersh. *ad l.23.D.de R.J.cap.5.* At omisit hîc qvicqvam auriga, qvod debuisset facere, dum custodem currui præponere supersedit. Experientiâ qvippe, optimâ magistrâ, edocemur, non solere caupones, noctu imprimis, curruum, uti rerum aliarum, recipere custodiam. Non magis itaqve tenentur, qvàm si prædixerint, ut unusqvisqve hospitum res suas servaret, neqve damnum se præstaturos, *l.fin.in pr.D.nautæ, &c.* Qvinimo auriga hoc casu non modò ministrorum, sed & vectorum factum præstare cogitur, *argum l. 1. §.fin.D.hoc tit.* Deniqve casum fortuitum allegare neqvit, cum furtum inter casus fortuitos non numeretur, uti latrocinium. Industriâ qvippe & attentione hominum potest præcaveri, Rittershusius *ad d.l.23.D.de R.J.cap.18.* At casum fortuitum definimus omne, qvod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti, *l.18.pr.D.Commodati. l.15.§.2.D. locat. conduct.* Vinnius *ad §. 2. tit. Inst. qvibus modis re contrah. oblig. num. 4.*

XIII.

Seqvitur ut ad qvid intentetur actio præsens in factum enucleem. Datur scilicet ad rem receptam perseqvendam, & à nauta, caupone, stabulario, eorumqve hæredibus restituendam, *l.1.pr.l.3. §. 1. D.naut. caupon. stabular.* Qvoniam itaq;

itaqve restitutionem rei tantum continet, & ideo in nautas, caupones, stabularios datur, qvia non restituunt, apparet, rem restitui oportere cum omni causâ *l.1.§.16. D. depositi l.35. D. de V.S.l.38.§.4. D. de usuris.* Justus Mejer. *in Colleg. Argentor. sub titul. nautæ, caupon. stabul.* Porrò restitutio facienda est exhibendo totum, qvod debetur, qvoniam particularis solutio invito creditori obtrudenda non est, *l.41.§.1. D. de usur.* utpote qvæ non minima secum trahit incommoda, *l.3. D. famil. ercisc.* Sed nec processu ordinario ad restitutionem faciendam in confitentem, se res recepisse, opus est, per ea qvæ tradidit Robertus Maranta *in aureâ praxi part 4. distinct. Judiciorum. 9.* sub qva ingens causarum summariarum exhibetur catalogus. Junge Conrad. Rittershus. *part. 9. J. J. cap. 3. num. 17.* qvi ait, in confitentem nullas esse partes judicis, nisi in condemnando, & pronunciando.

XIV.

Sed qvid si nauta, caupo, stabularius cum furibus coëuntes rem furtivam scienter receperint, an præter restitutionem rei ejusmodi receptæ, qvæ tunc vero Domino facienda est, ne res distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione, *l.31. §.1. D. depositi*, eâdem cum furibus suspendii pœnâ plectentur? Negat Finkelthusius *Obs. 112.* Idem præter Hahnium *in Wesemb. de furtis num. 15.* probat Magnif. D. Carpzovius *part. 2 pract. crimin. qv 87. num. 51.* nisi auxilii qvid simul præstiterint.

XV.

Dixi, caupones, nautas, stabularios ad res receptas restituendas teneri, qvarum tamen non eadem ubiqve est certitudo. Quid si enim, hospes cauponi hippoperam suam (Felleisen) sive, ut alii vocant, bulgam, vel arcam clausam & signatam tradiderit, neqve monstraverit res in ea contentas? In hac facti specie tres casus cogitatò separat Joh. Schneidewin. *Com. Inst. ad tit. de obl. qvæ qvasi ex delicto nasc. §. item exercitor. num. 5.* ne indistinctè

stincte putes juramento hospitis fidem deberi. Aut enim arca restituitur signata, nec ulla sunt apertionis à qvoqvam factæ indicia. Et tunc qvia cessat fraudis suspicio, doliqve probatio, juramento hospitis non creditur, tot vel tales res in cista fuisse jactitantis. Aut eam restituit caupo apertam atqve dissigillatam, & dolum suum dissimulare neqvit. Sacramento itaqve manifestabit hospes æstimationem rerum, qvas perdidit, *l. 9. C. unde vi. cap. ult. extr. de his qvæ vi metusve causâ fiunt.* Lindenspür *Comm.* über die Fürstl. Würtenbergische Landesordnung *alleg. supra titulo num. 14.* Harprecht *ad §. fin. tit. Inst. de oblig. qvæ qvasi ex delicto nasc. num. 14.* Idem deniq; communi opinione probari DD. sentiunt in casu, qvo dubium est, an hospes, num alius resignaverit arcam. Doli enim & tunc prodi indicia atqve conjecturas arbitrantur. Subjicit tamen Schneidevvin. *ibid. num. 6.* qvalitatem personarum, aliasqve circumstantias non perfunctoriè à Judice esse considerandas, ut si e. gr. cerâ tractabili obsignata fuerit arca, & cauponis integritas sugillari neqveat. *Junge Clar. Lib. 5. receptar. sententiar. §. furtum. num. 27.*

XVI.

Extra casum hunc cistæ obsignatæ traditæ, si caupo, aut nauta non factâ assignatione rerum negaverit tot & tantas immissas esse, qvot & qvantas affirmat actor, & habeat qvidem qvasdam hujus rei probationes, sed ancipites, nec satis idoneas, hic qvoq; ut in re dubiâ, juramento locus erit, per *l. 31. de D. jure-jur.* cui junge Frantzk. *in D. eod. tit. num. 131. & seqq.* officium Judicis in causis dubiis exponentem. Sed cui deferendum juramentum, reo an actori? Decisione utar Johannis Loccenii *Lib. 3. de jure maritim. cap. 9. num. 3*: *Reus*, inqvientis, *si bonæ famæ sit, ad delationem actoris se juramento liberabit à præsumtione rerum subductarum, aut malè custoditarum. Si verò adsit suspicio perjurii in reo, fallere & mentiri solito, aut si sit infamis, atq; intestabilis, aut in probatione juratoria deficiat, acto-*

ri, si

ri, si sit homo bonæ fidei, & famæ, deferendum juramentum, & sic à reo tantum restituendum, qvantum juraverit sibi ablatum actor. Ea videtur esse mens Theodorici Gothorum Regis *in edicto §. 119.* qvæ sic habet ex relatione ejusdem Loccenii: *Si qvid de taberna, nave, vel stabulo perierit, ab his, qvi locis talibus præsunt, repetendum est, ita ut præstent sacramenta de conscientia sua, suorumq; & si hoc fecerint, nihil cogantur exsolvere; aut certè qvantum petitor juraverit, se in eo loco perdidisse.* Tantum subjiciam, qvod præter illam de existimatione actoris, vel rei præsumptionem judici hoc casu incumbere videatur, ut dispiciat etiam, pro qvoniam militet præsumptio veritatis, & imperfecta probatio. Hunc enim ulteriori probandi onere jusjurandum relevabit, cum probatio propriè non sit. Frantzkius *2. resol. 14. num. 29.* Conrad. Rittersh. *part. 9. J. J. cap. 21. num. 3. 4.*

XVII.

Rei restituendæ negotium **duratio** hujus actionis excipit, quod nempe perpetuò detur, *l. 3. §. 4. D. nautæ caupon. stabul.* Licet enim actiones, quæ ex propria Prætoris Jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivant, cum & ipsius Prætoris annuum saltem esset imperium, *pr. tit. Inst. de perpetuis & temporalib. action.* aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id est, usque ad finem constitutionibus introductum. Imprimis tales æstimantur, quæ rei persecutionem continent, Vinnius & Ludvv. *ad dict. textum*, qualis etiam est hæc nostra, uti th. IX. & XIII. dixi. Neque enim **Prætoris imperium** tantum, sed **natura** quoq; **rei**, & **causa**, ex qua actio oritur, consideranda est.

XIIX.

Nec minus constare debet **forma** hujus actionis intentandæ. Quantumvis enim neq; jure **Canonico**, neq; **Civili** necesse sit, ut exprimatur actionis nomen, Hahn. *in Wesembec. D. de edendo num. 7.* aptè tamen intentionem actoris proponi expedit, uti fert natura & qualitas cujusque actionis. Colligimus inde cum Adamantio Dionysio, quod nec **hodie** supervacua

sit

sit actionum singularum notitia, ne ineptitudo libello objiciatur, *Schneidew. comm. Inst. hoc tit. de action. §. actio. num. 7. Confer Gail.1.Obs.61.* Imo frequenter accidit, ut ex uno eodemque negotio plures competant actiones, *l.9. D. arborum furtim caesar. l. 28. §. 6. D. de jurejur. l. 76. §. 8. D. de legat. 2.* Utique ergo desiderabitur, ut actor declaret, quânam uti malit. Id autem ex formulâ libelli deprehendere licebit. Hinc cum & in nostro casu plures concurrere possint actiones, ut evincit *l. 3. §. 1. nautae, caupon. &c.* apprimè necessarium erit, intentionem ita concipiat actor, ne civili actione experiri ex hac causa potius, quàm Praetoriam intentare voluisse existimetur. Interim confer Oldendorp. *cl.7. act.5. sub pract.*

XIX.

Restat juxta Thesin VII. de Fine hujus actionis ut edisseram. Proposita verò est à Praetore, ut innotesceret, quantam curam reprimendae improbitatis hoc genus hominum gereret, *l.3. §. 1. D. nautae &c.* & ne materia daretur ipsis coëundi cum furibus in fraudem vectorum & hospitum, qui plerumque necesse habent illorum fidem seqvi, & res custodiae alienae committere, *l.1. §.1. ejusdem tit.* Visum itaque fuit Praetori, majorem in recepto, quàm in deposito, vel in conducto diligentiam ab iis requirere, *d.l.3. §.1.* quò magis cautum esset peregrinantibus.

XX.

In eorundem gratiam prospicere solet Magistratus, ne caupones, ad fraudes plerumq; & extorsiones proni, Lindenspür *alleg. alibi loco num. 10.* nimias ab hospitibus exigant pecunias. Improbam quippe eorum avaritiam compescere par est, ne hospites non tondeant tantum, sed prorsus deglubant, hostes verius, qvam activi hospites. Collimat huc Reformatio Politica Augustana anno superioris seculi trigesimo promulgata, quae sub titulo von theuer Zehren bey den Wirthen prudenter & peraequè cavet, ne commune pretium, communemve rerum aestimationem excedant convivatores. Hinc Waltherus: *Ad officium Magistratus pertinet, diversoriorum curam habere,*

tum ut adventantibus equitas & humanitas debita præstetur; ne nimio sumptu hospites, sive plura, qvam postulant, exhibendo, sive falsâ mensurâ præbita admetiendo, sive quovis processu plus qvàm par est pro præbitis exigendo, onerentur, tum verò ut à flagitioso hominum & vitiorum genere pura & illibata conserventur, Dominica *XIII. post Trinit. §. 182.* Enimverò neglectus hujus curæ & officii, Magistratui ad frænandam imprimis libidinem, & cohibendos illicitos in diversoriis complexus, commendati, inter ultimas declinationis Imperii Assyrii causas haud numeratur à Loccenio *Lib. 1. de period. Imperior. cap. 8.* dum inqvit: *Tam perdita libidinis fuit gens Assyriorum, ut vulgivagam venerem exerceret, & filias & conjuges hospitibus ultro pro vili pretio prostitueret, qvod sacri externiq; scriptores seriò execrantur. Et qvidem meritò. Qvid enim hîc turpius, qvàm ipsos Maritos, & Parentes esse lenones conjugum, & filiarum suarum, & mangones pudicitiæ, cujus custodes esse debebant? Qvid impudentius ac levius ipsis fœminis ac puellis, qvæ nimis hospitales erga peregrinos, inhospitales erga seipsas & domesticum conjunctissimum, animum, ejusq; hospitium, corpus, venalem faciebant castitatem, inæstimabile matronarum ac virginum honestarum bonum? Qvid autem remissius ac indulgentius Magistratu, qvi talia permittebat, ac impunita dimittebat, qvæ, si nulla istius civitatis, tamen natura ac honestatis lex prohibere potuisset, ac debuisset.* Hactenus Loccenius!

XXI.

Magis commendandus Romanorum Prætor, qvi in rebus etiam hospitum, cum animo, aut corpore vix comparandis, improbitatem cauponum reprimere conatus est, actione hac ex qvasi contractu introductâ, qvâ tenerentur, qvi res salvas fore recepissent, ad restitutionem earundem.

XXII.

Concurrunt autem cum hac actione nonnullæ aliæ, & qvidem non **cumulativè**, sed **electivè**. Qvid si enim merces intervenerit, aut gratis ex conventione recepta rerum custodia? Agi poterit ex locato aut conducto, vel depositi, *l. 3. §. 1. D. nautæ caupon. stabul.* Nec tamen ideo otiosa est hæc actio

 hono-

honoraria, qvippe qvæ etiam tunc locum habet, cùm res perit culpâ recipientis levissimâ. Clarius id exprimit Georg. Frantzkius *Comm. in D. tit. locati conducti. num. 200.* qvem allegasse sufficiat. Inducta itaq; fuit, non tam ut pluribus tenerentur actionibus nautæ, cæteriq;, qvàm ut obligarentur durius; sicuti de condictione furtivâ loqvitur *Frantzkius in D. de condict. furt. num. 2.* Nec in obscuro ratio est, cur unâ ex his actionibus intentatâ cesset altera, nimirum, qvod bona fides non patiatur, ut exigatur bis idem, *l. 57. D. de R. J.* Perpetuò itaq; tenendum est in concursu actionum rei persecutoriarum ejusdem rei nomine, & ex eâdem causâ unam tollere alteram, *l. 43. §. 1. ejusdem tit.* nisi in unâ pluris qvid sit, qvàm in altera, *l. 47. pr. D. pro socio.*

XXIII.

Concurrit præterea inter cæteras (Neq; enim singulas hîc recitare animus est, qvas Justus Mejerus in Colleg. Argent. *sub tit. nautæ &c.* recensuit) eum actione hac de recepto honorariâ furti actio, *l 3. §. ult. dicto tit.* Alterutrâ tamen quis contentus esse jubetur. At qvæ ratio est, cùm aliàs actio rei persecutoria non consumat pœnalem, qvia in diversa tendunt? Respondet Cujacius *lib. 8. Observ. cap. 24. in fine*: *Idem in eundem si habeat actionem rei persecutoriam, & merè pœnalem, altera alteram non tollit. Sed si idem in unum habeat actionem rei persecutoriam, in alterum merè pœnalem, ut vector, qvi in exercitorem habet actionem de recepto, in furem furti, hic sanè si elegerit & peregerit exercitorem, non poteſt transire in furem. Sed non ideo fur exuitur pœnâ. Æqvum enim eſt, ut exercitor, cujus periculo res fuit, habeat in furẽ furti actionem.* (Junge racemat. definit. criminal. D. Johan. Otton. Tabor. *ad tit. 5. Lib. 47. th. 21.*) *Qvod si vector elegerit furẽ, de recepto exercitor absolvitur. Idemq; servatur eodem modo in actione in duplum, qvæ in exercitorem qvasi ex maleficio datur ob nautarum maleficium.* Non placet itaq; Mejerus *dict. loc.* qvi verba illa *l. 3. § ult.* furti agendum, de furti actione pœnali intelligi non posse sentit,

cum

cum actio pœnalis actionem rei merè persecutoriam non tollat, *l.34. §.2. D. de O. & Act. l.7. §.1. D. de condict. furtivâ. l.45. D. pro socio.*

XXIV.

Claudam deniqve & consignabo sectionem primam qvæstione ista: Anne nonnunqvam actio hæc Prætoria adversus nautas, caupones, stabularios sit sine viribus, aut cesset penitus? Ita sentio. Qvid enim si prædixerint nautæ, ut unusqvisqve vectorum res suas servaret, neqve damnum se præstaturos, & consenserint vectores prædictioni? Non convenientur nautæ, per *l. ult. pr. D. nautæ &c.* Idem obtinet, si extra navim, cauponam, aut stabulum damnum datum fuerit, *per eundem text.* rebus nondum receptis, Harprecht *ad §. ult. Inst. de obligat. qvæ qvasi ex delicto nasc. num.18. & seqq.* Sed qvid si re hospitis receptâ caupo clavem dederit cameræ, an à custodiâ liberabitur, nec actione hac pulsari poterit? Non liberari Treutlerus enunciat *Vol. 1. Disp. 26. th.5. in exegesi. lit. A.* Harprecht *dicto loco num.5.* Junge Schneidevv. *ad §. fin. tit. Inst. de oblig. qvæ qvasi ex delicto nasc. num.4.*

XXV.

Porro nec iniqvum est, si qvid naufragio, aut per vim piratarum perierit, exceptionem dari nautæ, & propter vim majorem excusari caupones, atqve stabularios, *l.3. in fin. § 1. D. nautæ &c.* Casus qvippe fortuiti à nemine præstari solent, *l.23. in fin. D. de R. J.* modò ne cum culpa conjuncti fuerint, aut mora præcesserit casum, aut rei periculum in se ultro qvis susceperit. Vide Arnold. Vinn. ad *§. 2. tit. Inst. qvibus modis re contrahitur obligatio num 4.5.6.* Confer Loccen. *lib. 3. de jure maritimo cap.9. num.4. num.9. & passim*, ut & *libro 1. cap.7. num.3. 5.* Tantum circa periculum rei ultro receptum id non transmittam silentio, conventionem ejusmodi freqventari passim, qvâ qvis præmio sibi dato suscipit periculum rerum aliqvo usqve

transſvehendarum. Aſſecurationem appellamus cum Grotio *Lib.2.de J.P.& B.cap.12.num.23.* eiqve locus eſt non modo ubi res transfretandæ, ſed & pecunia; aut res qvæcunqve alia terrâ tranſmittenda. Commendo Hahn. *in Obſ. ad Weſemb. parat. de praſcript. verb. & in fact. action.* num. 4. Leſſium *de J.& J.Lib.2.cap.28.dubit.4.* Loccen. *de jure maritimo Lib.2. cap. 5.*

XXVI.

Cœterum cum nautæ ad rerum caſu fortuito amiſſarum reſtitutionem teneantur minimè, haud abs re erit hoc loco indagare, an jure litoris, Grund-rühr-recht [Vide *Beſold. in Theſ. practic. ad vocem iſtam. & Henel. in otio Vratislav.*) aut regali res naufragæ ad dominum litoris pertineant, num priſtino Domino reſtituendæ ſint? Poſterius æqvitati conforme judico; qvicqvid contrariâ alicubi invaluerit conſvetudine, qvam ab omni ratione alienam intrepidè aſſerere nitor. *Barbarum hoc eſt,* ait Bodinus *Lib.1.de Rep. cap.10.num.171. & antiqvis inuſitatum, ut cujus opes ac fortunæ naufragio miſere perierint, & qvem noſtris opibus ſublevare debebamus, ejus reliqvias, qvas ad litus ejectas bonâ fide reſtitui oportebat, turpiter diripi patiamur.* Hinc leges illas injuſtas vocat Hugo Grotius *2.de J.P.& B.cap.7.num.1.* qvæ bona naufragorum fiſco addicunt. Nullâ enim causâ præcedente probabili dominium alicui ſuum auferre mera injuria eſt. At actus hic abjiciendi obortâ tempeſtate, atq; imminente naufragio non eſt directus in dominii amiſſionem. Neq; obſtat *l.43.§.11. D.de furtis.* Reſtringo enim textum illum cum Hahnio *in Weſemb. tit. ad L. Rhod. de jactu in fin.* ad res iſtiusmodi projectas, qvas projiciens novit ſtatim perituras, uti ſunt libri, & res ſimiles, qvæ humorem aqvæ diu non ferunt. Aliter Vinnius, *qvi ad §. 47 .tit. Inſt. de rer. diviſ.* inter jactum ſpontaneum, eumq; diſtingvit, qvi fit urgente neceſ-

ſitate

sitate levandæ navis gratiâ. Adde Gail. *1. Obs. 18.* Loccen. *Lib. 1. de jure maritim. cap. 7.*

XXVII.

Sed & si terrestre qvis instituat iter, & res de rhedâ currente non intelligentibus dominis, aut auriga cadant, lucri faciendi causâ illæ tolli neqveunt, qvin tollens furti obstringatur, §. 47. *Inst. de R. D.* At si sustulerit redditurus ei, cujus esse postea apparuerint, non tenetur furti. Junge Vinn. *ad dict. §. 47. num. 2. 3. 4.* ubi etiam trutinat, an præmium indicii honestè peti possit?

XXVIII.

Deniq; ad restitutionem rerum receptarum compelli neqveunt caupones, nautæ, stabularii, aurigæ, & hisce similes, si qvis, qvod debet fortè eo nomine, solvere detrectet. Retinere itaq; eas licebit, donec satis omninò fiat. Lubet ea de re audire Georg. Ludovic. Lindenspür: *Si insalutatô hospite, ajentem, qvis vellet è diversorio discedere, non solutâ prius pecuniâ pro insumptis epulis, cæterisq; præstitis ministeriis, eô in casu caupô potest bona hospitum apud se divertentium, puta vestes, eqvos, currus, vel alias res pro pretio unius vel alterius prandii aut cœnæ arrestare, & detinere tamdiu, donec pretium solutum fuerit. Qvod procedit adhuc magis, qvando hospes aliqvo in hospitio ex morbo decumbenti expensas fecit, vel eum mortuum propriis sumptibus sepulturæ tradidit, Comm.* über die Fürstl. Würtenbergische Landesordnung *tit.* Von Wirthen und Gastgebern *num.* 15. qvo casu hospites bona peregrini ab intestato defuncti jure hospitii pessimè sibi vindicant, Rittershus. *in Nov. part. 7. cap. 3. num. 11.* ne qvicqvam dissentiente Ludvvello *in Comment. ad Lib. VI. Cod. tit. 58. auth. omnes peregrini. pag. m. 544.* Hisce de retentione supra nominatâ addi potest Joh. Althus. *Lib. 2 Dicæolog. cap. 17.* ubi eam à re aut specie retentâ, vel ab ipsis debiti naturâ causam trahere explicat, simulq; casum præsentem tangit *num. 16.* Temperare tamen debent caupones hospiti, qvoties humanitas instimulat, & extrema alicujus inopia, ne in pœnam incurrant cum illo, de qvo memorat Lindenspür *alleg. loc. num. 16.* qvod ad insi-

gnem emendam condemnatus fuerit in Parlamento Parisiensi ob detractum viatori cuidam thoracem, cum symbolum non solveret, qvi postea frigore intolerabili perierat. Ipsos qvoqve viatores pro consumptis & expensis à caupone retineri posse, Joh. Petrus Molignatus autor est *tractat. de retent. qv. 223.* Cum enim publicè intersit, caupones esse, apud qvos extranei & advenæ recipiantur, publica utilitas exigit, ne defraudentur, & tædio affecti ab instituto desistant.

XXIX.

Dehinc ad secundam me verto sectionem, qvâ ratione qvasi ex maleficio obligentur, & qvali inde teneantur actione nautæ, cæteriq; expositurus. Et posse eqvidē eodē hic uti qvoad singula ordine, qvem hactenus arripui, attamen ne nimium excrescant paginæ, molestâ illorum iteratione, qvæ supra tetigi, compendium faciam verborum, eaq; præcipuè tradam, qvę differentiam hujus, & superioris prodant actionis.

XXX.

Huc *primò* pertinet, qvod præsens actio non ex primo, uti præcedens, sed ex secundo edicti capite eruatur, qvod qvidem non extat, consultò, an per negligentiam compilatorum omissum, restitutum tamen est à Barone, teste Wesemb. *parat. in D. nautæ, caupon. stabul. &c. n. 8.* hunc in modum: Si furtum factum, damnumve injuriâ datum ab iis, qvorum operâ & ministerio nautæ, caupones, stabularii in nave, cauponâ, aut stabulo utuntur, esse dicetur, in factum in exercitores, caupones, & stabularios in duplum judicium dabo.

XXXI.

Secundò uti prior actio ex qvasi contractu descendebat, ita hæc qvasi ex maleficio trahit originem. Sicubi enim damni qvid ab aliqvo eorum, qvorum operâ navim, cauponam, stabulum exercent, datum fuerit, ipsi tenentur caupones, *§. ult. tit.*

tit.Inst.de obligat.qvæ qvasi ex delict. nasc. Est autem qvasi maleficium omne factum, qvo qvis propriè qvidem dici non potest deliqvisse, sed tamen qvod maleficio est proximum admisisse. *Etenim* (ex ore Vinnii loqvor *in continuat. tit. Inst. de obligat. qvæ qvasi ex delict. nasc.*) *ut qvædam sunt negotia, qvæ licet revera contractus non sint, tamen ad fines contractuum proximè accedunt, & ideo qvasi contractus nominantur: Ita etiam qvædam sunt facta, qvæ qvamvis propriè in speciem aliqvam delicti non cadant, attamen similitudine qvâdam ad delicta propius accedunt; qvàm ad contractus, qvæ ideo nostri qvasi maleficia & qvasi delicta appellaverunt.* Ita qvasi deliqvisse censentur nautæ, caupones, stabularii, qvod species culpæ habeatur malorum hominum uti ministerio, *l.5.§.ult.D.de obl.& act.dict. §.ult.tit.Inst.* Patet simul inde, si qvid eorum factum sit à vectoribus, aut viatoribus, qvorum operâ exercitor non utitur, hanc ex qvasi delicto actionem non competere, *l.unic.§.ult.D. furti adversus naut. caupon. stabul.* qvod secus est in priori, *l.1.§.ult. & l. seq. D.naut. caupon.stabul.&c.* Frantzk. *in D.ibid.n.9.* Hahn *num.5.* Mejerus *in Colleg. Argentorat. ibid num.18.* Harp. *ad §.fin.Inst.de obligat.qvæ ex qvasi delict.nasc.num.7.* D.Joh. Otto Tabor. *in racemat. definit. crimin. ad tit.5.Lib.47.D.th.18.* Ratio in eodem textu l.un. assignatur, qvod viatorem sibi eligere caupo, vel stabularius non videatur, nec repellere possit iter agêtes. At qvid si ipsius vectoris, vel viatoris servus conductus à nauta, aut caupone fuerit, & furtum fortè fecerit, aut damnum dederit domino suo? Nihilominus actio adversus nautam vel cauponem intentari poterit, ideo, qvod caupo & nauta operâ servi viatoris usi fuerint, *l.6.§.1.D.nautæ&c.* Neqve enim hic attenditur, qvod servus meus sit, sed qvod ipsius opera adhibita fuerit. Nec auditur hic exceptio doli illa, (dolo petis qvod mox restituere teneberis) qvoniam hæc actio ex propriâ & singulari causâ descendit, Justus Mejer. *d.l.num.11.*

XXXII.

De aurigâ dubitabis, an & hic, si operâ malorum hominum usus fuerit, ex qvasi delicto obligetur, & jure hac actione conveniatur? Affirmare id nitar. Extensioni qvippè pro-

pter

yvr-

pter identitatem rationis in omni lege, etiam pœnali, locus est, ut tuetur Frantzk. *in D. de LL. num. 46. & seqq.* modò fiat ex necessitate, hoc est necessaria sit connexio inter rationem legis, & alios casus, in ordine ad Justitiam & Prudentiam legis observandam, non ex congruentiâ, & qvâdam saltem probabilitate.

XXXIII.

Tertiò differt actio ex posteriori edicti parte à priori, qvod hæc in simplum, illa in duplum concepta sit, *l. ult. § 1. D. nautæ, caupon. &c.* hæc in hæredem detur, *l. 3. § 4. ejusdem tit.* illa non item, *d. l. ult. § 6. § ult. tit. Inst. de obl. quæ quasi ex delict. nasc.* Commune qvippe hoc est omnium actionum pœnalium, qvod hæredibus qvidem dentur, sed adversus hæredes non competant, cum æqvum haberi neqveat, hæredem ex delicto defuncti pœnam sustinere, ne ibi pœna sit, ubi noxia non est, *l. 22. C. de pœnis*, Vinnius *ad § 1. tit. Inst. de perpetuis & temporal. action. num. 5.*

XXXIV.

Circa eandem in duplum actionem illud controversiâ non caret, an meram contineat pœnam, num pœnæ simul, & rei persеqvendæ causâ comparata sit? Prius statuere non audet Justus Mejerus *in colleg. Argentorat. sub tit. nautæ, caup. stabul. num. 21.* cum sit qvasi ex maleficio, ex qva causa dari meram pœnæ persecutionem, durum censet. Idem arridet Oldendorpio *class. 7. act. 5. num. 5.* Imo ait *num. 7.* actionem hanc esse perpetuam, qvatenus ad rei persecutionem attinet, annalem qvoad pœnam. Uterq; , ut videtur, minus rectè. Causam enim expiscanti mihi introductæ hujus actionis nulla occurrit alia, qvàm qvod Prætor utilitatem publicam hîc spectaverit, dum anhelavit securitati iter facientium prospicere, ut scilicet metu actionis in duplum cautiores redderentur exercitores in eligendis atq; adhibendis iis, qvorum operâ uterentur in navi, cauponâ, stabulo. Qvidni ergo citra

duritiem

duritiem actio hæc meram spiret pœnam? Accedit & illa ratio, qvod absolutè negetur actio hęc in hæredem dari, *l. ult. §. fin. D. nautæ caupon. stabul. &c. §. ult. tit. Inst. de obl. qvæ qvasi ex delict. nasc.* At mixtæ regulariter in hæredes dantur, qvatenus ad eos pervenit, qvia hisce rei persecutio etiam inest. Qvæ ratio inter cæteras etiam Excellentiss. D. Joh. Otton. Taborem *in racemat. definit. crimin. ad tit. 5. lib. 47. D. th. 27.* movit, ut statueret, actionem illam in duplum, de qvâ agitur in *l. unic. D. furti adversus nautas &c.* esse merè pœnalem Idem porro probat Dn. Tabor de eadem, qvod in *§. 2. d. l. unic.* simpliciter in duplum dari enunciettur, nec addatur mixtam esse. At verò actionem hanc in factum absolutè qvoq; in duplum esse *l. ult. §. 1. D. nautæ &c.* evincit. Nostrum itaq; erit, impræsentiarum etiam nullam comminisci mixturam. Concidit hinc simul Oldendorpii assertio, qvod actio hæc partim perpetua sit, annalis partim. Ulpianus enim simpliciter atq; sine distinctione *in l. 7. §. ult. D. nautæ, caupon. &c.* hoc judicium, qvamvis honorarium sit, perpetuum esse tradit. Tutius itaq; putaverim assertu, esse hanc actionem in duplum, merè pœnalem, & perpetuam. Qvamvis enim alioqvin actiones Prætoriæ pœnales tantum intra annum dentur, *l. 35. D. de Obl. & Act.* excipitur nihilominus præter actinem furti manifesti actio hæc de furto aut damno in navi, cauponâ, aut stabulo facto, Vinnius *ad pr. tit. Inst. de perpet. & temporal. action. in fine.* Hahn. *in fin. tit. D. nautæ caupon. stab.* Wesembecio deniq; *in fin. tit. alleg.* intuitu vectorum & viatorum præsens actio qvadantenus rei persecutoria videtur, qvod ineptum juxta ac falsum Bachovius *in notis* judicat. Sed enim contingere nonnunqvam Vinnius observavit *ad § 1. tit. Inst. de perpet. & temporal. action. num. 4.* ut actio qvidem aliqva à parte actoris rei persecutionem contineat, pœnalis tamen habeatur respectu rei, ob vindictam delicti, ut proinde in hæredem non detur. Qvinimo, ut id obiter injicere mihi liceat, cum aliàs actiones pœnales vel purè tales sint, vel mixtæ, actio de tigno juncto in duplum pro ratione personę, contra qvam datur, modò pura est, modò mixta. Pura, si jungens fuerit malæ fidei

D possessor-

possessor, mixta si bonâ fide junxerit. Vide Disp. Excellentiss. D. Casparis Ziegleri *de tigno juncto th. 24. 25. 26.*

XXXV.

Dixi th. XXXIII. & seq. hæredem cauponis, nautæ, vel stabularii non teneri hac actione, qvod pœnalis sit. Nec officit *l. 3. §. 5. D. qvod qvisq; juris in alium statuerit ut ipse eodem jure utatur*, ex qva pœnam ad hæredem transmitti comperimur, ut & ipsi propter jus iniqvum à defuncto impetratum actio denegetur. Abutitur enim pœnæ verbo JCtus, dum actio per jus novum qvodammodo affecta, & qvalitate instructa, non nisi cum eâdem ad hæredem transire potest, utpote ex cujus personâ conditio illius non immutatur, *l. 2. §. 2. D. de V. O.* Hahn. *in parat.* Wesemb. *qvod qvisq; juris in alium statuerit n. 2. versicul. in hæredes tamen.*

XXXVI.

At qvid si ad hæredem defuncti ex qvasi delicto qvicqvam pervenerit? Nec hoc casu actio pœnalis intentari ullo modo potest. Nam à qvo nulla exigi potest pœna, is nec actione tenetur merè pœnali. Turpia qvidem lucra hæredibus extorqveri par est, *l. 5. pr. D. de calumniator. l. 12. D. ad L. Cornel. de falsis. l. 38. D. de R. J.* at non beneficio actionis pœnalis, qvâ tantum exigitur pœna, morte rei jam extincta, *l. 16. in fin D. quod metus causa*, sed aliis jure concessis remediis id asseqvi conceditur, *l. 1. pr. D. de privat. delict.* D. Joh. Otto Tabor *in racem. definit. criminal. ad tit. 5. Lib. 47. D. th. 13. racem. 7.* Hoc facilè largior, diversum obtinere, si litis contestatio facta, atq; actio ita semel inclusa fuerit judicio. Tunc qvippe salva permanet, qvoniam in judicio per litis contestationem qvasi contrahitur, *l. 3. §. 11. D. de pecul.* & uterq; litigantium sese in id obligat, qvod Judicis sententiâ constituetur, *l. 139. l. 164. D. de R. J.* Neldel. *ad l. 38. D. ejusdem tit.* Junge Vinn *ad §. 1. tit. Inst. de perpet. & temporal. action. ibi: fuerint contestatæ.* Grotium *2. de J. P. & B. cap. 21. num. 19. 20.* Justum Mejer. *Colleg. Argentor. tit. de privat. delict. num. 8.* D. Tabor. *dict. loc.*

XXXVII.

Remoratur hanc actionem in duplum exceptio cedendarum

rum actionum, si reus petat, sibi adversus eum, ex cujus facto ipse obligatur, actiones cedi, qvòd utiq; facere debet actor, licet reus adversus eum, cujus conductâ operâ usus est, ex conducto habeat actionem, *l.6.§.ult.D.nauta &c.* Cavendum etiam apprimè, ne de ejusdem hominis admisso sæpius qværatur, per eandem *l.6.§.ult.* Alioqvin enim nullus futurus esset qverelarum, & judiciorum finis. Junge Domin. Taborem *dict. racem.7.th.ultim.*

XXXIIX.

Sed & servorum suorum nomine non tenetur aliqvis hac, sed noxali duntaxat actione. Nam cum alienos adhibent nautæ, caupones, stabularii, explorare oportet, cujus fidei, cujus innocentiæ sint; in suis veniâ digni sunt, si tales qvales adhibuerint, *l.ult.§.4.D.dict.tit.* Solo autem hoc casu litis æstimatio in obligatione est, qvia noxæ dedendi potestatem Dominus à lege accepit, *l.6. §.1.D.de re judicat.* Enimvero cum Christiani non utantur servis propriè talibus, nec noxali actioni locus relinqvitur ullus, Hahn *in Wesemb.parat. de noxal.action.num.7.* Nihilominus ex delicto ministrorum paterfamilias obligabitur, si circa officium sibi commissum deliqverint, Gail. *2.Obs.21. num.6.* Junge Harprecht. *ad §.fin.tit.Inst.de oblig.qvæ qvasi ex delict.nasc.num.15.* ubi trutinat, an, & qvatenus nautæ, caupones, stabularii, ex incendio suorum domesticorum teneantur, Georg. Schultzen *synopsi Inst.tit.de noxal.action.*

XXXIX.

Et hæc dicta sufficiant de utrâqve actione, ex qvasi contractu nempe, & qvasi ex maleficio, qvarum nulla injustitiæ meretur insimulari, illa qvidem, qvod ad custodiam devinciat caupones, nautas, stabularios, sine spe mercedis, hæc qvod ex alieno facto qvem condemnari faciat. Prævalet enim publica utilitas, omnemqve iniqvitatis speciem facilè excludit, *Oldendorp.class.7 act.5 num.1.* Wesemb. *in parat.nauta.&c.*

pion num.9. Novissimum esto, qvod pœnam dupli, ut & cæteras similes, exolevisse sentiat Arnold. Vinnius *ad §.fin.tit.Inst.de oblig.qvæ qvasi ex delict.nasc.Adde eundem ad §.1.tit.de perpet.& temporal.action.in fine, ut & ad §.26.27.tit. de actionibus*, ubi in hæc prorumpit verba: *Apud nos omnes actiones sunt rei persecutoriæ, & in simplum conceptæ, qvia pœnæ pecuniariæ, qvæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt, & solus fiscus pœnas ob vindictam publicam persequitur judicio criminali. Privatis tantum potestas ejus, qvod sibi abest, persequendi judicio civili. Excipienda videtur actio injuriarum.* Dissentit Excell. D. Joh. Otto Tabor *racem.definit.criminal.ad tit.5.Lib.47.D.th.32.* dum inqvit: *Neq; audiendos esse putamus, qvi hanc actionem totam* (loqvitur autem de actione in duplum, qvam præfert *l.unic.D.furti adversus nautas &c.* ut qvod de illa dicitur, ad alias, cujuscunq; qvantitatis pœnales actiones, non insubè referam) *moribus nostris ab aula recessisse, aut in rei persecutoriam migrasse, adeoq; in hæredes etiam dari asseverant. Neq; enim nostrum est, actiones & remedia jure publico introducta, & ignorantiâ & oscitantiâ agentium omissa, gnaris & sapientibus adimere, Sed discernendum est,* inter non usum, vel infreqventem usum, & inter abrogationem juris. Junge *Ordin.Criminal.Carol.V. art.157.* & patebit, etiam hodie, si qvis malit civili judicio in duplum, vel in qvadruplum agere adversus fures, omisso criminali, non esse repellendum, ut & D.Tabor *analyt.exposit. art.158. Constitut.crimin.th.12.*

XL.

Nunc qvomodo ex vero delicto ipsi obligentur nautæ, caupones, stabularii, expendendum mihi erit. Sicubi enim ab ipsis furtum factum esse dicetur, aut ope, consiliove eorundem, judicium datur, *l.un.pr.D.furti adversus nautas, caupones, stabul.* Scilicet furtum vel principale est, vel auxiliare, & hoc non minus verum delictum qvàm, illud, ut exprimi-

tur in

tur in *Colleg. Argent. ad tit. furti adversus naut. caupon. stabul. annot. ad th. 1. licet opitulatores* welche rath und vorschub zum Diebstal geben / *principaliter non delinqvant, sed accessoriè tantū, verè tamen delinqvunt, & ex vero delicto tenentur, dummodo auxilium, vel consilium latum* sit (1) dolo malo, *l. 50. §. 2. D. de furtis* (2) ad finem furti faciendi, non alium, *l. 36. l. 50. §. ult. D. eod.* (3) revera contrectatio secuta sit, *l. 66. §. penult. dict. tit.*

XLI.

Cæterum disceptatur utrum sufficiat ad obligationem furti vel consilium dedisse, vel tulisse opem, an verò alterum absq; altero furti qvempiam obstringere neqveat? Non sustineo probare conjunctionem opis, & consilii, licet in *l. unic. pr. D. furti adversus nautas caupones &c.* & alibi fortè hæc verba ope, consilio, sæpe conjunctim proponi videantur, aut in hypothesi utrumq; factum concurrat. Adi & audi Vinn. *ad §. ii. tit. Inst. de obl. qvæ ex delicto nasc.* Ludvv. & Harprecht. *ibidem.* imprimis Excellentiss. Dn. Joh. Otton. Tabor. *racem. definit. crimin. 4.* ubi hanc materiam egregiè perseqvitur, in qva mihi non licet ulterius esse occupato. Junge præterea, si libet, Magnif. *Dn. Benedict. Carpz. part. 2. Practic. crimin. qvæst. 87.*

XLII.

Ardua magis illa controversia est, cur Prætor furtum nautarum, cauponum, stabulariorum seorsim notare amaverit, cum aliàs commune hoc sit delictum, & generalis actio furti sufficere potuisset, qvæ aliqvando pingvior est, fure

nempe, navim, & stabulum relato, qvod ideo coërcendum esse duxit Prætor, ut curam reprimendæ improbitatis hoc genus hominum detegeret, *l.3.§.1.D. nautæ caupon &c.* & ut esset in potestate læsi faciliorem eligere actionem, *l. un. §.3. furti adversus nautas &c.* In confluxu namq; multorum hominum fures ægrè discernuntur, & facilius probaveris furtum v. g. in caupona factum, & rem amissam esse, qvàm hunc vel illum furtum fecisse. Consulit itaq; hęc actio Prætoria universè, sive ab ipso exercitore, sive ab iis, qvorum ministerio utitur, aut inhabitatoribus perpetuis furtum admissum fuerit, *l.unic.pr.* & *§.ult. d.tit.* In viatoribus autem admittendis, & vectoribus cum libertatem electionis non habeant nautæ, caupones, stabularii, factum qvoq; eorum, ex delicto conventi, præstare minimè tenentur, *d.l.ult. Confer. D. Tabor. th.18. racem.7.*

XLIII.

At qvid si viator aut vector furem comprehendat, qvod sub eodem tecto utiq; facilimum est, an ei tunc furti manifesti denegabitur actio, propter *d.l.unic.§.2*, qvæ in duplum actionis meminit? Negare id neutiqvam ausim, etiamsi & ipsa furti manifesti actio ex Jurisdictione Prætoris dicatur proficisci, *princ. tit. Inst. de perpet. & temporal. actionib.* Vinnius *ad §. 5. tit. Inst. de oblig. qvæ ex delicto nasc. in fin. num. 2. num. 5.* atq; hic tantum honoraria in duplum exprimatur. Nam *in §.3. l. unic.* eligendi facultas ei, cui res surrepta est, permittitur, utrum malit honorario, an civili jure, furtiq; actione ordinariâ experiri. Poterit itaq; furti manifesti in qvadruplum conveniri deprehensus. Nec absurdum fuerit manifesti furti actionem, ratione initii & pœnæ primariæ, juris civilis hoc loco æstimare, etsi aliàs Prætoria sit. Confer D. Tabor. *alleg. racemat. 7. th. 20.* Imo tota ista racematio jure suo id meretur nomen, cum ea collecta circa furtum adversus nautas, cæterosq;, & actionem honorariam inde descendentem exhibeat, qvæ apud alios vel planè non, vel certè sparsim offendas.

XLIV.

Atqve adeo res illa confessa est *ex d.l. un.§3.* concurrere actionem honorariam in duplum adversus nautas, caupones, stabularios cum actione furti ordinariâ in duplum, vel qvadruplum, contra ipsum furem, prout ille deprehensus fuerit, vel minus, non cumulativè, sed electivè. At qvid si per aurigam res suas in aliqvem locum deferri curans de eorum conqveratur furto, qvorum operâ usus est, an poterit inde auriga posthabitis ministris, ordinariâ furti actione obstrictis, honorariâ hac in duplum actione conveniri? Non ambigo illud asserere, per ea qvę supra th. XXXII. approbavi.

XLV.

Illud magis controversum reddidere DD. dissensiones, utrum concurrat cum hac actione in duplum extrinsecus rei persecutio? Solida autem decisio hujus dubii ex qvalitate actionis petenda est, an nempe merè pœnalis sit, num rei persecutoria. Posterius arridet Justo Mejero *in Collegio Argentor. sub titulo furti adversus nautas &c. th.5.* qvi proinde negativam tuebitur. Per mixtam qvippe actionem tollitur rei persecutoria, *l.34.§.ult.D. de Obl. & Act.* At prius ego propugnare sustinebo, cum Dn.D. Tabore *racem 7. definit. crimin. th.27.* cujus rationes hîc enumerare supersedeo, cuiq; obvias. Concursum itaq; cumulativum qvoad hanc, & actiones rei

XLVI.

Nec inconveniens illa qvæstio est, imo necessaria valde ad evitandam confusionem, an nempe differat actio hæc à superiori ex qvasi delicto? Ita sentio. Qvamvis enim in eo conveniant, qvod (1) utraq; merè pœnalis sit, (2) detur iisdem, (3) contra eosdem, (4) in duplum, (5) eodem fine: differunt tamen (1) nomine, qvod actio, de qva agimus, furti, illa in factum adversus nautas & cæteros nuncupetur, *per rubric. furti adversus nautas l.6. §. 4. ibi: possumus & furti l.7.§.2.D.nautæ caupon stabul. &c. § fin. tit.Inst. de oblig.qvæ qvasi ex delicto nascuntur* (2) causa efficiente, qvia hæc non modò est qvasi ex delicto, sed & ex vero maleficio, & qvidem furto solo, *l.un.pr.D.furti adversus nautas caupones &c.* D.Tabor *racemat.7.th.3.* illa tantum oritur ex qvasi delicto, & perinde, sive furtum admissum fuerit â ministris exercitorum, sive damnum datum, *l.ult.§.4.D.nautæ, &c. dict. §. fin.Inst.l.5.§.ult.D.de Oblig.& Act.*

XLVII.

Sed enim postqvam hodie criminaliter etiam furti agi cœpit, pœnaq; capitalis laqvei dictari furibus, non abs re inqviro, an caupones, nautæ, stabularii, aurigæ, si ipsi rerum receptarum furtum fecerint, suspendi iccirco possint? Nego cum Magnific. Dn. D.Benedicto Carpzovio *part.2.Practic.Criminal.qv.85.num.77.* qvi asserit, contrahentes, res sibi concreditas adversus legem conventionis & contractus, subvertentes, ab ordinariâ furti pœnâ exemptos esse, qvod nempe hi non tam invito Domino rem contrectare, & propriâ autoritate occupare, qvàm perfidè & contra legem contractus agere, resq; suæ curæ commissas subvertere videantur, *arg. l.55. §.1.D.de administrat.tutorum.*

XLIIX.

Idem in tabellario obtinet, pecuniam aliqvò perferendam in suos usus convertente. Hic enim etsi furtum fecerit, *l.7.C.de furtis*, sive obsignatam, sive annumeratam acceperit pecuniam, furti tamen pœnâ ordinariâ non tenetur *teste eodem* D.Carpzovio *alleg. qvæst. 85. num. 75. & seqq. usq; ad numerum 81.* Junge Hahn *in Wesemb. de furtis num. 11. ibi : & nuncium.*

XLIX.

Graviori pœnâ improbitatem hanc tabellariorum & petulantiam coërcendam esse duxit Augustus, Saxoniæ Elector. Ita qvippe sanxit *part. 1. constit. XLI: Tabellarius etiam, qvi pecuniam sive obsignatam, sive non obsignatam aliqvò deferendam accipit, si eam furatus effugerit, vel aliàs in suos usus fraudulenter convertерit, siqvidem qvantitas commissi furti ad summam 20. florenorũ usitatorum ascendat, laqveo, si minor sit, fustigatione, aut si perexiguum sit, qvod subtraxit, carcere, vel temporali relegatione puniatur.* Limitationes Dn. D. Carpzovius *congessit adductâ qvæstione 85. num. 85. & seqq.* Tandem *num. 92. & seqq.* indagat, an & aurigæ, aliive pecuniam alteri exsolvendam subtrahentes suspendii incurrant pœnam? Pronior autem est in negativam, ne constitutio odiosa & pœnalis ad aurigam extendatur, cujus nulla injicitur mentio. Junge Daniel. Möller. *ad alleg. constit. 41. num. 9. 10. 11.* non diffitentem posse etiam contrarium tentari, cui qvoq; ea velificantur, qvæ observavit D. Georg. Frantzk. *Comm. in D. de LL. num. 46. & seqq.*

L.

Atque ita hactenus jus rerum receptarum adver-

ga, nautave onus transvehendi res alienas in se receperint, neqve pependerint vectigal, unà cum rebus illorum jacturam qvoqve faciant rerum suarum Domini absentes, nautarum atqve aurigarum fidē secuti? Non videtur *arg. l. 8. §. 1. l. 11. §. 2 D. de publican.* Junge Wurmser. *Exercit. 6. J. P. th. 18.* Henric. Klock. *disceptat. de iure vectigal. concl. 89.* Auctarii deniq; loco istum ex animo evellam scrupulum, qvi nonnullos malè habet, an nimirum magister aut præfectus navis bonâ cum conscientiâ possit, igne in pulverem tormentarium injecto, navem unà cum seipso, & suis, & simul hostibus, navem occupantibus, perdere potius, qvam salvam navem, se, & suos hostium permittere arbitrio? Non dubitat hoc affirmare Jacobus Zevecotius *Lib. 2. Obs. Politic. ad Florum cap. 18. non procul à fine: Annon eodem, aut fortè etiam majore animo hodie qvi generosiores & verè sunt Batavi, ne in potestatem hostium deveniant, injecto in pulverem tormentarium igne unà sæpe cum victoribus gloriosè occumbunt? Nescio cur dubitent aliqvi, an è vitæ statione discedere Christiano sic liceat. Concedit hoc Pontificiis Papa, Batavis Deus, & patriæ salus, qvæ insigni potius suorum morte vires hostium minui, qvam turpi deditione mavult augeri.*] Malim tamen ego contrariam huic propugnare sententiam. Coram tribunali enim Dei non excusari autumo, qvi ita pereunt. Nemo potestatem habet in proprium spiritum, qvando lubet, dimittendum, nedum eam sibi sumere potest in alienum. Et nonne majus malum est, sibi ipsi mortem consciscere, qvàm manu hostili occumbere? Aut si vitâ superstite immaniter tracteris ab hoste, tamen fortius hoc tolerabitur, qvàm si metu qvorumcunqve adversorum tibi ipsi manus inferas. Adde Joh. Loccen. *de jure maritimo Lib. 3. cap. 10.* majori rerum apparatu hæc perseqventem. Mihi verò adhuc unicum illud argu-

argumentum suppetit, non posse optimæ mentis conscientiâ sese consolari, qvi suo facinore alienum flagitium & crudelitatem devitare student, homicidio certo infortunium adhuc incertum.

SOLI DEO GLORIA.

MACRINUS cathedram fausto pede scandit AMICUS,
Ut res amissas qværat, & arte regat.
Successus magnos magnis conatibus opto,
Maximus ut genitor gaudia magna ferat.

Michael Wendelerus,
D.& P.P.

ARdua cognitio JURIS ne qvemqve fatiget,
Inniti tribus his conveniet mediis.
LECTIO præcedat non interrupta Virorum,
Qvi multis præstant dexteritate suâ.
Hos etenim promptè studio versare tenaci,
Conformat mentem nisibus egregiis.
Conjungenda freqvens huic AUSCULTATIO, mirè
Afficiens animos, & magis instimulans.
Sunt audita simul magis obvia, grataqve lectis,
Nec minus ingeniis undiq; prospiciunt.

Nil aberit prorsus, qvin patrissando PARENTEM
Exhilares, SENIUM disjiciasqve suum.
Interea faustè cedant præludia tanti
Conatus, cedant in PATRIÆ columen.

Hisce
Eximio Juveni, Dn. JOHANNI MACRINO, ut nomen, ita mentem & virtutes MAGNIFICI DNI. PARENTIS referenti, de primitiis suis Juridicis gratulatur

PRÆSES.

QVis, MACRINE, Tibi facilem non præbeat aurem,
Et voto faveat calido, dum JURA RECEPTI
In Cathedrâ doctè trutinas, calamoqve celebras?
Sic eqvidem par est exponere DONA RECEPTA,
Qvæ Deus, ac Natura dedit, pergrata PARENTI!
Urge successus studii, Deus annuet, urge,
Et referes aliqvando PATREM, PATRIAMQVE fovebis,
Ut MACRINORUM VIRTUS, ac FAMA perennet.

Ita ominabatur
Caspar-Friederich Coch.